

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Article 80bis du Code civil, deuil périnatal et droit

Rommelaere, Claire

Published in:

Actualités du droit de la famille

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rommelaere, C 2010, 'Article 80bis du Code civil, deuil périnatal et droit', *Actualités du droit de la famille*, Numéro 2, p. 25-39.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Article 80bis du Code civil, deuil périnatal et droit

Claire ROMMELAERE (1)

Avocate au barreau de Namur

Assistante aux FUNDP

INTRODUCTION

Par trois arrêts du 6 février 2008, la Cour de cassation française a relancé le débat de la déclaration de l'enfant mort-né à l'état civil.

En l'espèce, des parents qui – en raison d'une circulaire administrative – s'étaient vu refuser l'inscription de leur enfant mort-né à l'état civil, avaient saisi les tribunaux. Les arrêts rendus conséquemment par la Cour de cassation française permettent de prendre conscience des difficultés d'application des règles concernant la déclaration des enfants mort-nés à l'état civil.

Actuellement, les équipes médicales mettent en place certaines méthodes d'accompagnement du deuil périnatal. La presse et les politiciens ne sont pas de reste: les journaux évoquent les parcelles des anges, des colloques sont organisés sur le sujet et les propositions de loi modifiant les règles régissant la déclaration d'enfant sans vie s'entassent à la Chambre et au Sénat.

Il ne s'agit pas d'une mode ou d'une volonté actuelle de tout «psychologiser». Si la souffrance causée par une perte périnatale a toujours existé, la prise de conscience de la nécessité d'un accompagnement spécifique du deuil périnatal est relativement récente, du moins dans nos contrées. Certains auteurs anglo-saxons auraient, dès 1970, préconisé des mesures d'accompagnement des parents endeuillés (2).

Le désir de compréhension sociale des parents ne date en effet pas d'hier. Le Docteur Pierre ROUSSEAU explique ainsi avoir un jour été mis en possession d'un acte de présentation d'enfant sans vie établi en 1935. La mère avait écrit au verso de l'acte, entre autres : *«Combien de fois n'ai-je pas relu ce triste document qui ne porte même pas le prénom de ce fils que j'ai attendu pendant 9 mois. Si ce papier pouvait arriver en haut lieu, il pourrait faire comprendre à ces hauts per-*

sonnages que le chagrin d'une mère ne peut pas s'estomper quand il ne lui est même pas autorisé de nommer l'enfant qu'elle a porté. Puissent mes vœux être un jour exaucés !» (3).

En 1999, le législateur a exaucé ce vœu, en permettant l'inscription du prénom de l'enfant mort-né dans l'acte d'état civil.

Les «hauts personnages» ont-ils dès lors épuisé leur compétence en la matière ?

Tel n'est pas l'avis des parents confrontés à un deuil périnatal, ni celui des praticiens qui les entourent. Les premiers ne craignent plus d'exprimer leur souffrance et leur incompréhension face à certaines règles gouvernant la rédaction de l'acte de déclaration d'enfant sans vie. Contrairement à la mère citée ci-dessus, qui conservait l'acte griffonné de commentaires personnels dans le tiroir de sa table de nuit, les parents d'aujourd'hui se réunissent pour échanger leurs points de vue et prennent contact avec les politiciens.

Dans ce contexte, nous souhaitons rappeler l'évolution des règles relatives aux enfants mort-nés, afin d'envisager ensuite la possibilité d'une nouvelle modification législative.

A. ENFANT MORT-NÉ, DEUIL PÉRINATAL ET DROIT

1. Quelle réalité recouvre l'expression douloureusement paradoxale d'«enfant mort-né» ?

Sont qualifiés de la sorte les enfants décédés avant ou pendant le travail de l'accouchement ; en d'autres termes, ceux qui n'ont pas vécu hors du sein maternel. Les conséquences légales de cette naissance diffèrent selon le stade de la grossesse auquel l'enfant est né.

(1) L'auteur remercie vivement les praticiens ayant consacré du temps à répondre à ses questions: Mme A. DUSSART, néonatalogue au Centre hospitalier universitaire de Tivoli, Mme M. FABRICCATORE, sage-femme au Centre hospitalier universitaire de Tivoli, Mr B. FOHN, psychologue et coordinateur du secteur mère-enfant, Service de gynécologie-obstétrique, Centre hospitalier régional de la Citadelle, Liège, Animateur depuis 15 ans du Groupe d'aide au deuil périnatal dans le même hôpital, Mme A. KIEFER, psychologue à l'hôpital de Braine-l'Alleud – Waterloo, Mme M.-F. MÜLLER, néonatalogue au Centre hospitalier universitaire de Tivoli, Mme C. PETIT, sage-femme au Centre hospitalier universitaire de Tivoli, Mme M.-C. PIERRET, accoucheuse en chef à la maternité du Centre hospitalier des Ardennes.

L'auteur remercie également S. VAN DE PUTTE et A.-F. MINSART, du Centre d'épidémiologie périnatale, ainsi que Mr J.-M. VAN BOL, secrétaire communal de la Ville de Namur et Mme G. DUPUIS pour les précieuses informations qu'ils lui ont fournies.

(2) M.-F. LAMPE, «A propos du deuil périnatal», *Rev. trim. dr. fam.*, 1990, p. 202.

(3) P. ROUSSEAU, «Le prénom et le rituel funéraire des enfants mort-nés», *L'observatoire*, n° 18/98, disponible sur www.revueobservatoire.be.

Comme l'indique son nom, le deuil **périnatal** renvoie quant à lui au deuil à vivre par les parents confrontés à la mort d'un enfant avant (1), pendant, ou peu de temps après l'accouchement. En réalité, un tel deuil existe dans d'autres hypothèses, comme en cas de fausse couche précoce (2) ou d'interruption thérapeutique de grossesse. A ce deuil périnatal *sensu lato*, Marie-France Lampe attache également les interruptions volontaires de grossesse lorsqu'elles sont mal vécues par la mère, la mise au monde d'un enfant handicapé, et même les échecs de reproduction (3).

2. Bien qu'il soit susceptible de toucher tous les couples et familles, l'importance du deuil périnatal a été longtemps minimisée par la société : afin d'épargner la mère, l'équipe médicale dissimulait le corps de l'enfant ; si l'enfant devait être déclaré à l'état civil, seul pouvait être établi un acte de présentation d'enfant sans vie, sans mention du nom ou des prénoms de l'enfant, parfois même lorsqu'il était né vivant (4).

Actuellement, les techniques – de plus en plus poussées – de surveillance de la grossesse lui donnent une dimension nouvelle. La médicalisation de la grossesse amène en effet les parents à personnaliser très tôt le fœtus qui est déjà *leur enfant*. Dès douze semaines d'aménorrhée, un profil humain miniature est visible à l'échographie. Environ un mois plus tard, la mère peut sentir bouger l'enfant (5) qu'elle a vu et dont elle a déjà entendu battre le cœur. Il n'est dès lors guère étonnant que la perte du fœtus soit ressentie comme la perte d'un enfant et non comme celle d'un simple espoir d'enfant.

Néanmoins, l'entourage et, plus largement, la société, a tendance à minimiser l'importance du deuil périnatal, alors même qu'il s'agit d'un deuil particulièrement difficile à accomplir. Si l'enfant est mort-né, les parents doivent en effet faire le deuil de quelqu'un qui n'a pas vécu (6). La particularité d'un tel deuil appelle un accompagnement spécifique, que certaines maternités s'efforcent de mettre en place.

Compte tenu de l'évolution observée au sein des hôpitaux, nous nous sommes posé la question de savoir si

une évolution juridique était également possible et souhaitable.

3. Il convient d'annoncer d'emblée que le présent exposé ne vise pas à remettre en question les conditions d'acquisition de la personnalité juridique. Au-delà du débat relatif au début de la personnalité juridique (7) se pose la question de la *reconnaissance sociale* de l'enfant décédé trop tôt, qu'il ait pu ou non acquérir la personnalité juridique.

Outre l'inscription du prénom dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie, d'autres évolutions méritent d'être considérées, sans qu'elles constituent pour autant une révolution de notre système juridique.

B. L'ACTE D'ÉTAT CIVIL ET LA SÉPULTURE

On l'a dit, il y a lieu d'éviter la confusion entre la constatation juridique de l'existence de l'enfant mort-né et l'attribution de la personnalité juridique : peu importe que celle-ci ait été acquise ou non, s'il existe par ailleurs une *reconnaissance juridique de la perte de l'enfant* (8) et donc de son existence.

En d'autres termes, l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant à naître ne constitue pas la seule voie vers la reconnaissance sociale de la douleur des parents.

L'acte d'état civil, témoin de la reconnaissance sociale de l'existence de l'enfant

4. Les psychologues et psychiatres mettent aujourd'hui l'accent sur la *concrétisation de la perte*, afin que les parents puissent vivre pleinement celle-ci, ce qui facilite la plupart du temps le travail de deuil. Le déni de la perte périnatale risque en effet de provoquer des traumatismes secondaires, sous forme de dépression, de stérilité secondaire, de comportements inquiétants tant après la naissance de l'enfant mort-né que suite à la naissance ultérieure d'un enfant né vivant, etc. (9) Gardons-nous cependant des généralisations hâtives : dans ce domaine délicat, les équipes

(1) Mort *in utero*.

(2) On parle de fausse couche précoce lorsque l'enfant naît avant douze semaines d'aménorrhée (calculées depuis le premier jour des dernières règles de la mère), tandis qu'un accouchement survenu entre douze et vingt-deux semaines sera qualifié de fausse couche tardive (M. FLIS-TREVES, *Le deuil de maternité*, Paris, Calmann-Lévy, 2004, p. 103).

(3) «Par ailleurs, et selon les observateurs, les échecs de **reproduction** véhiculent au même titre que les échecs de **conception** précités des sentiments de deuil périnatal dont la définition pourra être étendue aux tentatives d'insémination artificielle, fécondation *in vitro* ou transfert d'embryon... demeurés inefficaces» (M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 201).

(4) Liège, 20 mars 1958, *Pas.*, 1958, II, p. 210 ; Civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1030 (concernant un enfant né en 1981), cf. *infra*.

(5) G. DELAISI DE PARSEVAL, «Le deuil périnatal : reconnaître l'humain», in *L'enfant interrompu*, C. HAUSSAIRE-NIQUET, Paris, Flammarion, 1998, p. III ; M.-J. SOUBIEUX, *Le deuil périnatal*, texte disponible sur le site de la Communauté française www.yapaka.be, mars 2009, p. 4.

(6) M.-J. SOUBIEUX, *op. cit.*, p. 4 ; G. DELAISI DE PARSEVAL, *op. cit.*, p. II ; M. FLIS-TREVES, *op. cit.*, p. 27 ; B. FOHN, «Lorsque l'enfant ne paraît pas... L'accompagnement des parents et des soignants lors des décès périnataux», *Rev. Med. Liège*, vol. 54 (5), 1999, pp. 468-476 (texte actualisé transmis par l'auteur, p. 5).

(7) Car le débat n'est pas clos : le 11 mars 2008, les sénateurs Anke VAN DERMEERSCH et Hugo COVELIERS ont déposé une proposition de loi accordant la personnalité juridique à l'enfant à naître... Sans cependant s'expliquer sur la compatibilité d'une telle loi avec celle de 1990 dépenalisant l'avortement (Proposition de loi accordant la personnalité juridique à l'enfant à naître, *Développements, Doc. Parl., Sén.*, sess. ord. 2007-2008, n° 4-627/1).

(8) M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 211.

(9) M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 203 ; M. FLIS-TREVES, *op. cit.*, p. 14 ; «Réaction à l'article sur l'enfant suivant», *La lettre de Petite Emilie*, lettre d'information de l'Association Petite Emilie pour les personnes confrontées à une interruption médicale de grossesse ou à un deuil périnatal, disponible sur le site (français) www.petiteemilie.org.

médicales suggèrent, proposent certaines démarches, mais n'imposent jamais.

L'acte d'état civil, trace écrite officielle de l'existence de l'enfant, constitue une façon de rendre réelle la perte endurée par les parents.

La possibilité d'inscrire l'enfant mort-né sur les registres de l'état civil existe depuis plus de deux siècles : le décret du 4 juillet 1806 impose en effet à l'officier de l'état civil qui constate le décès d'un enfant avant que sa naissance ait été déclarée, d'établir un acte mentionnant que l'enfant lui a été présenté sans vie. Cet acte est inscrit au registre des décès (1).

La déclaration d'enfant sans vie ne visait pas à favoriser le deuil des parents, bien qu'elle ait éventuellement pu jouer ce rôle. Les motivations du législateur de l'époque s'expliquent par l'intérêt social et non par des considérations psychologiques.

Dans une affaire où les parents et le médecin n'avaient pas jugé utile de déclarer l'enfant mort-né au prétexte qu'il s'agissait d'un «monstre acardiaque et acéphale», le Tribunal correctionnel d'Audenerde exprime de façon remarquable cet intérêt social :

«Attendu que dispenser, pour un prétexte quelconque, d'avertir les pouvoirs publics du fait de l'accouchement, de la naissance, serait de nature à jeter la perturbation dans l'organisation familiale, et à entraver la bonne administration de la justice répressive ;

Attendu, en effet, que s'il n'y avait pas obligation de déclarer indistinctement toutes les naissances, quelles qu'elles soient, un certain nombre de crimes ou de délits, d'une nature spéciale, pourraient beaucoup plus facilement être commis : tels la substitution d'enfant, le cel d'un cadavre de nouveau-né pour dissimuler un avortement ou un infanticide, (...) (2)»

5. Il faut cependant se garder d'en conclure que, sous l'empire du décret du 4 juillet 1806, tout enfant mort-né doit faire l'objet d'une déclaration. Le champ d'application de l'acte de présentation d'enfant sans vie s'avère en réalité plus restreint et plus large à la fois.

Plus restreint car malgré la généralité des termes du décret, l'acte de présentation d'enfant sans vie ne trouvait pas à s'appliquer aux enfants nés en-deçà de 180 jours de grossesse, présumés non viables (3).

Plus large car l'officier de l'état civil devait rédiger un acte de présentation d'enfant sans vie dès qu'il constatait que l'enfant était décédé au moment de la déclaration faite devant lui, et ce même si cet enfant avait en réalité vécu quelques heures, voire quelques jours.

Il était assez cruel d'infliger aux parents de déclarer leur enfant né vivant comme «*présenté sans vie*». Certains ont dès lors cherché à faire modifier l'acte rédigé, ce dont témoignent deux décisions rendues respectivement par la Cour d'appel de Liège en 1958 et par le Tribunal de première instance de Tournai en 1998 (4) : dans ces deux cas, l'enfant était né vivant mais n'avait pas survécu jusqu'à la déclaration de sa naissance à l'officier de l'état civil.

Si la Cour d'appel de Liège refuse toute modification de l'acte établi, le Tribunal de première instance de Tournai, quarante ans plus tard, se montre particulièrement compréhensif à l'égard des parents. Bien que la décision progressiste du juge tournaisien se prête autant à la critique que la frilosité de la Cour d'appel (5), cette jurisprudence souligne l'évolution des mentalités.

6. La modification législative de 1984 (6) est intéressante, dans la mesure où, désormais, «*l'officier de l'état civil s'assure de la naissance par une attestation d'un médecin ou d'une accoucheuse diplômée agréés par lui (...)*» (7). L'hypothèse selon laquelle un enfant naîtrait vivant mais serait décédé avant la constatation de sa naissance relève donc aujourd'hui du cas d'école (8), puisque ce n'est plus l'officier de l'état civil qui procède à cette constatation, mais le médecin ou l'infirmière accoucheuse.

Il est généralement admis que cette loi a confirmé une pratique déjà établie. En d'autres termes, les officiers de l'état civil se contentaient déjà d'une attestation médicale pour rédiger l'acte de naissance. Cette pratique ne s'appliquait cependant qu'aux enfants qui survivaient au moins jusqu'au moment de la déclaration de leur naissance. Il semble que lorsqu'un enfant était

(1) Article 1^{er} – «*Lorsque le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée sera présenté à l'officier de l'état civil, cet officier n'exprimera pas qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie. Il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère*».

Article 2 – «*Cet acte sera inscrit à sa date sur les registres de décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non*» (Décret du 4 juillet 1806, *Pasin.*, 1806, p. 2).

(2) Corr. Audenerde, 25 mai 1907, *Pas.*, 1907, p. 245, cité par de nombreux auteurs ayant étudié la question du sort juridique des enfants mort-nés.

(3) Circulaire ministérielle n° 139 du 13 décembre 1848 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, t. I, 2^{ème} éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, pp. 272-273, confirmé par Corr. Audenerde, 25 mai 1907, *Pas.*, 1907, p. 246 ; Centre de droit de la famille de l'UCL, *Traité de l'Etat civil*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 158.

(4) Liège, 20 mars 1958, *Pas.*, 1958, II, p. 210 ; civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1030 (concernant un enfant né en 1981).

(5) A. DE WOLF, *Observations* sous Civ. Tournai, 26 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 1035-1038 ; C. RENARD, E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence (1956-1960)», *R.C.J.B.*, pp. 470-471.

(6) Loi du 30 mars 1984 modifiant les articles 55, 56 et 57 du Code civil et 361 du Code pénal, *Pasin.*, 1984, I, p. 585.

(7) Article 56, § 4 du Code civil.

(8) A moins d'un accouchement prématuré très soudain au terme duquel la mère mettrait au monde, chez elle, un enfant vivant qui décéderait avant l'arrivée du médecin, il est très improbable qu'un enfant naisse vivant sans que cela puisse être constaté par l'équipe médicale. Les médecins et sages-femmes interrogés à ce sujet n'ont jamais rencontré ce cas.

né vivant mais décédait avant la déclaration de sa naissance, l'officier de l'état civil suivait strictement les termes du décret de 1806 et constatait la «présentation d'enfant sans vie». Pour les parents de ces enfants, la loi de 1984 présente par conséquent un réel intérêt : sur la base d'un document attestant la naissance vivante de l'enfant, ils peuvent désormais solliciter la rédaction d'un acte de naissance et d'un acte de décès.

Les termes «*agréés par lui*» sont en réalité vides de sens, et ne restreignent en aucune façon les possibilités de constater la naissance vivante de l'enfant. Il ressort en effet des discussions préparatoires à la loi du 27 avril 1999 (1) qu'«*aucune procédure n'est prévue pour cette agrégation. L'officier de l'état civil décide s'il agrée ou non l'attestation*» (2) Il n'existe dès lors pas d'accoucheuses ou médecins spécialement destinés à attester la naissance d'un enfant, celle-ci pouvant être valablement constatée par tout médecin ou accoucheuse.

7. La trace écrite que constitue l'acte d'état civil revêt une importance particulière lorsqu'il est question d'enfants décédés peu de temps après leur naissance ou mort-nés. Qu'il s'agisse d'un acte de naissance immédiatement suivi d'un acte de décès, ou d'un acte de présentation d'enfant sans vie, l'acte rédigé témoigne de la perte d'un enfant et donc de son existence – sinon juridique, du moins sociale. Cependant, si la reconnaissance sociale d'un enfant décédé trop tôt peut dans certains cas soutenir les parents, l'acte d'état civil est psychologiquement destructeur lorsqu'il ne rend pas compte de la naissance en vie de l'enfant (3). En ce sens, l'évolution législative de 1984 est salutaire.

8. A titre récapitulatif, avant la loi de 1999 les règles juridiques concernant les décès périnataux sont les suivantes :

– si l'enfant est mort-né après une grossesse de moins de 180 jours, aucune déclaration ne doit ni ne peut être effectuée ;

– si l'enfant est mort-né après une grossesse d'au moins 180 jours, un acte de présentation d'enfant sans vie est rédigé, sur la base du décret du 4 juillet 1806 ; l'acte mentionnera «*les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère de l'enfant, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère*» (4) ;

– si l'enfant est né vivant, mais décédé rapidement après, un acte de naissance et un acte de décès sont ré-

digés, sur la base de l'attestation médicale de naissance et de décès, et ce indépendamment de la durée de la grossesse (5).

La sépulture : évolution

9. Comme l'acte d'état civil, la sépulture contribue à rendre réelle l'existence de l'enfant perdu et constitue une forme de reconnaissance sociale de cette perte.

Bien que la loi du 27 avril 1999 – charnière de notre exposé – ne concerne que la rédaction de l'acte d'état civil, l'évolution en matière de sépulture s'avère intéressante et mérite d'être rappelée. En outre, une réflexion cohérente relative à une évolution législative dont le but serait de soutenir les parents souffrant d'une perte périnatale commande de s'attacher à la fois aux règles gouvernant la rédaction des actes de l'état civil et à celles régissant les funérailles et sépultures.

10. L'article 77 du Code civil prévoit qu'il ne peut être procédé à une inhumation que si l'officier de l'état civil l'autorise, après avoir constaté le décès. La même autorisation est requise pour la crémation, mais dans ce cas le décès doit faire l'objet d'un double constat, l'un par l'officier de l'état civil, comme pour l'inhumation, l'autre par un médecin (6).

La délivrance de l'autorisation de sépulture n'est donc pas subordonnée à la déclaration de décès, mais uniquement à la constatation de celui-ci par l'officier de l'état civil (7). Monsieur VAN BOL souligne qu'«*en pratique, cependant, les administrations communales tendent à conditionner la délivrance de l'autorisation d'inhumation ou de crémation à l'accomplissement de la formalité de déclaration de décès dans les formes du Code civil*» (8).

Par conséquent, les administrations communales délivrent l'autorisation d'inhumation ou de crémation sur la base de l'acte de décès. En présence d'un enfant mort-né, pareille autorisation est logiquement subordonnée à la déclaration d'enfant sans vie.

11. L'acte de présentation d'enfant sans vie ne pouvant être établi que si l'enfant est né après une grossesse d'au moins 180 jours, qu'en est-il lorsqu'il naît avant ce terme ?

A nouveau, le texte est ancien. Jusqu'il y a peu en effet, une circulaire ministérielle du 22 mars 1849 déter-

-
- (1) Loi du 27 avril 1999 introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, *M.B.*, 24 juin 1999 ; cf. *infra*.
- (2) Proposition de loi modifiant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme DELCOURT-PÊTRE, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1-623/4 du 3 mars 1999, p. 6. La possibilité que l'officier de l'état civil refuse cette agrégation semble se limiter au cas où il s'avérerait que le médecin ou l'accoucheuse exerce en réalité sans disposer du diplôme requis...
- (3) Cf. *supra* et le problème de l'application des termes «*sans vie*» à un enfant né vivant.
- (4) Article 1^{er} du décret du 4 juillet 1806, *Pasin.*, 1806, p. 2.
- (5) Centre du droit de la famille de l'UCL, *op. cit.*, p. 159 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 4^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 310 ; M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 213 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 296.
- (6) J.-M. VAN BOL, «Les funérailles et sépultures», *Rép. not.*, t. XIV, l. XII, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 51-52, n° 6.
- (7) *Ibid.*, p. 55, n° 8.
- (8) *Ibid.*

minait le sort de ces enfants: après avoir précisé que l'inhumation ne pouvait «être exigée à titre d'obligation», la circulaire admettait que, «lorsque l'autorisation d'inhumer est sollicitée, des motifs de police et de salubrité publique exigent que cette autorisation ne soit pas refusée par l'autorité locale sur le vu du fœtus à inhumer» (1).

Le gouvernement a jugé bon de rappeler et d'actualiser le contenu de cette circulaire en 1991, suite à une interpellation de l'Ordre national des médecins (2).

12. Bien qu'elle porte sur l'«inhumation des fœtus de moins de six mois», la circulaire de 1991 tient compte des modifications législatives intervenues en matière de sépulture et précise qu'à la demande des parents, le fœtus peut être incinéré. En outre, elle invite les communes à réserver une parcelle du cimetière à l'inhumation des "fœtus nés par avortement spontané avant l'expiration du sixième mois de grossesse".

En parlant d'avortement *spontané*, le ministre exclut toute possibilité d'offrir une sépulture à l'enfant dont la naissance avant terme aurait été provoquée, comme en cas d'interruption volontaire de grossesse. Il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de cette distinction. En effet, soit l'avortement volontaire a eu lieu durant les douze premières semaines de la grossesse et, dans ce cas, il semble très théorique que la mère veuille inhumer ou incinérer l'embryon. Soit il est procédé à une interruption médicale de grossesse en raison d'un danger pour la vie de la mère ou d'une affection particulièrement grave du fœtus. Dans cette dernière hypothèse, il n'est pas rare que les parents souhaitent offrir une sépulture à leur enfant. Pourquoi les en priver ? Compte tenu de la dépénalisation intervenue en 1990, il n'est pas acceptable de sanctionner ainsi le choix des parents.

13. Quoi qu'il en soit, en 1991, le gouvernement ne s'embarrasse guère de considérations psychologiques ; en réalité, cela ne doit pas surprendre, dans la mesure où la réflexion sur le deuil périnatal ne suscite un réel intérêt que depuis dix-quinze ans. Pas de surprise, donc, si la circulaire vise uniquement à clarifier, principalement pour des motifs d'ordre public et d'hygiène, la situation des enfants nés sans vie au terme d'une grossesse inférieure à 180 jours.

Le fait que ces enfants ne puissent – toujours d'après la circulaire de 1991 – être inhumés que dans une parcelle du cimetière communal réservée à cet effet, sans que «le nom du fœtus ou celui de ses parents puisse

être indiqué de quelque manière que ce soit», confirme ce point de vue. Il s'agit davantage de réglementer l'inhumation ou l'incinération de dépouilles fœtales que d'offrir aux parents un véritable lieu de recueillement.

La circulaire de 1991 a cependant le mérite de rappeler la possibilité d'enterrer ou d'inhumer les enfants morts trop tôt pour exister légalement. Le texte précise en outre que, pour respecter le principe constitutionnel d'égalité entre les citoyens, tous les cimetières d'une même commune doivent être soumis au même régime et offrir les mêmes possibilités.

Nous reparlerons de ce principe d'égalité entre les citoyens, au moment d'envisager une éventuelle intervention législative ou réglementaire dans le domaine de l'accompagnement du deuil périnatal.

14. La réglementation en matière de sépulture a connu ces dernières années une évolution intéressante, due notamment à la régionalisation de la législation sur les funérailles et sépulture.

Lorsque l'enfant est né au-delà du seuil des 180 jours, ce qui a été dit ci-dessus reste valable, si ce n'est que l'autorisation d'inhumer ou d'incinérer est, depuis 1999, subordonnée à la production de l'acte de déclaration d'enfant sans vie, rédigé dans les formes prescrites par l'article 80bis du Code civil (3). Par contre, la situation des enfants nés avant 180 jours de grossesse a sensiblement évolué: les différentes régions ont récemment adopté des textes législatifs imposant certaines mesures aux communes.

En Région flamande, l'enfant mort-né après au moins 12 semaines de grossesse (84 jours) peut être inhumé ou incinéré, à la demande des parents (4). En Région de Bruxelles-capitale, le seuil est de 15 semaines (106 jours) (5). Il en sera de même en Région wallonne, lorsque le décret du 6 mars 2009 sera entré en vigueur (6).

Dans un futur proche, tous les cimetières communaux de Belgique devraient donc comporter une «*parcelle des étoiles*» (7) dans laquelle l'enfant né entre 106 (84 en Flandre) et 180 jours de grossesse pourra être inhumé, ou sur laquelle ses cendres pourront être dispersées. Certes, les textes régionaux fixent une limite inférieure de 84 ou 106 jours de grossesse, contrairement à la circulaire de 1991, mais ils ont le mérite d'imposer l'existence de parcelles réservées aux fœtus. Il s'agit assurément d'une première.

(1) Circulaire ministérielle du 22 mars 1949, citée in Conseil National de l'Ordre des Médecins, Sort du fœtus expulsé spontanément avant la fin du sixième mois, *Bulletin du Conseil National*, n° 51, 17.11.1990, p. 25.

(2) Circulaire du 9 septembre 1991 sur l'inhumation des fœtus de moins de six mois, *M.B.*, 25 septembre 1991.

(3) Cf. *infra*, sur la loi du 27 avril 1999 introduisant un article 80bis dans le Code civil.

(4) Décret du 16 janvier 2004 sur les funérailles et sépultures, *M.B.*, 10 février 2004.

(5) Ordonnance du 13 décembre 2007 modifiant la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et les sépultures en vue d'un traitement digne des restes des fœtus nés sans vie, *M.B.*, 10 janvier 2008.

(6) Décret du 6 mars 2009 modifiant le Chapitre II du Titre III du Livre II de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation relatif aux funérailles et sépultures, *M.B.*, 26 mars 2009 ; arrêté d'exécution pris le 29 octobre 2009, entrée en vigueur prévue au 1^{er} février 2010.

(7) Ou «parcelle des anges», «parcelle des papillons»,...

15. La différence entre le seuil retenu en Flandre (84 jours) et ailleurs (106 jours) peut s'expliquer par la crainte de culpabiliser les parents optant pour une interruption volontaire de grossesse: puisqu'il est permis – hors les cas de péril grave pour la santé de la mère ou affection sérieuse du fœtus – de solliciter une IVG jusqu'à 84 jours de grossesse, la possibilité d'offrir une sépulture à l'enfant né à 84 jours également constituerait une sorte de reproche vis-à-vis des parents ayant choisi de ne pas garder l'enfant.

Ce raisonnement nous semble erroné. Ceux qui choisissent de subir une IVG savent que d'autres couples tentent désespérément d'avoir un enfant, de même que ceux qui souhaitent offrir une sépulture à leur fœtus ont conscience qu'une fausse couche soulagerait certaines femmes. Chaque individu a une histoire différente des autres et assume cette différence, ce que prévoit la loi n'y change rien.

16. Enfin, si le besoin de laisser une trace sociale de l'enfant disparu est universel, l'acte d'état civil ou la sépulture n'ont pas le monopole de la constatation de la perte d'un fœtus ou d'un tout jeune enfant. Il existe d'autres exemples, dont l'un a particulièrement attiré notre attention: au Japon, depuis 1970, chaque femme dont la grossesse s'est arrêtée prématurément (à n'importe quel stade et quelle qu'en soit la raison: interruption de grossesse, fausse couche, mort *in utero*,...) ou qui a perdu son nouveau-né peut se rendre dans certains temples pour y acheter une statuette du souvenir. Pas de funérailles, donc, mais des champs de statuettes où les parents viennent prier pour le repos de leur enfant (1).

Cette pratique, très simple puisqu'il n'existe aucune distinction selon l'âge gestationnel ou la cause de la mort prématurée, n'est certainement pas moins sérieuse que l'incinération, suivie de la dispersion des cendres...de la boîte. Vu le caractère immature du squelette et la teneur hydrique élevée des tissus du fœtus, il n'en reste en effet rien après l'incinération. Seules les cendres du cercueil sont dispersées, mais le geste n'en perd pas pour autant sa valeur symbolique.

C. L'ARTICLE 80BIS DU CODE CIVIL

1999 – 2009

17. En 1999, par l'insertion de l'article 80bis dans le Code civil (2), le législateur belge se penche pour la première fois sur le deuil périnatal: les travaux préparatoires (3) mentionnent constamment le terme et soulignent que l'innovation majeure de l'article 80bis du

Code civil est de permettre aux parents de donner un prénom à leur enfant mort-né.

En effet, la nouvelle disposition reste très proche de son ancêtre, le décret du 4 juillet 1806, si ce n'est qu'il l'actualise: d'une part en précisant qu'il ne s'applique qu'aux enfants décédés au moment de la constatation de leur naissance «*par l'officier de l'état civil ou par le médecin ou l'accoucheuse diplômée agréés par lui*», d'autre part en permettant aux parents de solliciter que le prénom de l'enfant soit mentionné dans l'acte.

La naissance était en réalité déjà constatée par le médecin ou l'infirmière accoucheuse, suite à la modification législative de 1984 (4) mais, désormais, le parallélisme avec l'acte de naissance est explicite. La seule véritable innovation de la loi du 27 avril 1999 consiste donc dans le choix offert aux parents de donner officiellement un prénom à leur enfant.

18. Les motifs de cette modification législative ne touchent plus à l'ordre public mais reflètent par contre la volonté de soutenir les parents endeuillés: «*Le fait que ces enfants ne reçoivent pas de prénom suscite dans certains cas pas mal de réactions émotionnelles et est parfois la cause de problèmes psychologiques, surtout lorsque l'enfant est mentionné comme «anonyme» dans le livret de mariage, alors que la pierre tombale porte bel et bien un nom et un prénom*» (5).

Certes, la rédaction d'un acte de présentation d'enfant sans vie, sous l'empire du décret de 1806, permettait déjà une certaine reconnaissance de la perte subie par les parents. Mais la modification de 1999 témoigne pour la première fois d'un souci de s'attacher au deuil périnatal: en témoignent la portée symbolique de l'insertion d'un nouvel article dans le Code civil, l'absence d'*obligation* de donner un prénom (6) et, enfin, la possibilité pour les parents ayant perdu un enfant antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de faire inscrire son prénom en marge de l'acte de présentation d'enfant sans vie, durant un an à compter de l'entrée en vigueur de cette loi.

Quel que soit le jugement réservé à cette nouvelle fonction de l'état civil, il s'agit d'une remarquable application de l'enseignement de J. CARBONNIER, selon lequel «*la loi n'est pas exclusivement pédagogue: elle doit se faire thérapeute, prothésiste...*» (7).

Cependant, mis à part cette innovation, force est de constater que les règles gouvernant la matière demeurent inchangées: une circulaire ministérielle du 10 juin 1999 rappelle en effet que l'acte ne s'applique qu'aux enfants nés au moins six mois après la conception.

(1) M. FLIS-TREVES, *op. cit.*, pp. 19-20.

(2) Loi du 27 avril 1999 introduisant un article 80bis dans le Code civil et abrogeant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, *M.B.*, 24 juin 1999.

(3) *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1998-1999, n° 1-623.

(4) Cf. *supra*.

(5) Proposition de loi modifiant l'article 1^{er} du décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, *Développements, Doc. parl., Sén.*, sess. ord., 1996-1997, n° 1-623/1, p. 1.

(6) *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1998-1999, n° 1-623/4.

(7) J. CARBONNIER, «Flexible droit», *L.G.D.J.*, 1979, p. 192.

19. De façon surprenante, les travaux préparatoires de la loi du 27 avril 1999 précisent qu'«un enfant avorté, par exemple lors d'un avortement médical pratiqué plus de 180 jours après le jour de la conception, ne peut recevoir de prénom. D'autres membres le confirment, en soulignant qu'un avortement n'est pas une naissance et que, dans cette hypothèse, aucun acte n'est dressé» (1). Concernant cette différence de traitement entre les parents dont l'enfant est décédé spontanément et ceux dont le décès a été provoqué pour raisons médicales, nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus lors du commentaire de la circulaire de 1991.

Quant à la justification pseudo médicale de cette différence de traitement, elle n'est pas recevable : lorsqu'une interruption thérapeutique de grossesse est pratiquée au-delà de 180 jours de grossesse, soit il s'agit d'un accouchement provoqué, immédiatement suivi de soins palliatifs si l'enfant naît vivant, soit il est procédé à un «foeticide» *in utero* avant de faire naître l'enfant par voies basses.

Donc, soit l'enfant naît vivant et est déclaré comme tel : un acte de naissance et un acte de décès sont rédigés. Soit l'enfant est mort-né et un acte de déclaration d'enfant sans vie est établi. Peu importe finalement ce qui s'est dit lors des travaux parlementaires, puisque c'est sur la base des déclarations médicale que les officiers de l'état civil rédigent les actes.

Or, les praticiens interrogés à ce sujet n'ont pas la moindre intention de distinguer décès fœtal spontané et interruption médicale de grossesse. Nous ne pouvons qu'approuver. Comment le législateur pourrait-il, d'une part, prendre des mesures dans le but de soutenir les gens souffrant d'une perte périnatale, d'autre part écarter du bénéfice de cette nouvelle disposition les parents dont le besoin de prise en charge s'avère d'autant plus criant qu'ils vivent le traumatisme d'une décision d'interruption médicale de grossesse ?

Quoi qu'il en soit, l'allusion à l'interruption médicale de grossesse dans les travaux préparatoires ne trouve aucun écho dans le texte finalement adopté. Ce texte ne présentant à notre sens aucune ambiguïté, il n'y a pas lieu de tenir compte des discussions préparatoires.

Il est donc légal et souhaitable qu'il n'existe en pratique aucune différence de traitement entre les enfants décédés spontanément et ceux qui ont fait l'objet d'une interruption médicale de grossesse. Au-delà de 180 jours de grossesse, tous ces enfants naissent, avec les conséquences administratives et légales qui s'en suivent.

Voilà plus de dix ans que l'article 80bis du Code civil existe. Quel est le bilan de son application ?

Il n'a guère subi de modifications, la seule ayant consisté à éliminer la discrimination existant entre parents mariés et parents non mariés : aujourd'hui, l'acte

énonce les noms et prénoms de la mère et du père «ou du père non marié à la mère et qui a reconnu l'enfant conçu, conformément à l'article 328. A sa demande et moyennant le consentement de la mère, le nom, les prénoms et le domicile du père non marié à la mère et qui n'a pas reconnu l'enfant conçu peuvent également être mentionnés» (2).

Et après ? Quelles demandes ? Quelles possibilités de réponses ?

20. Compte tenu du but de l'article 80bis et des demandes des parents et des praticiens consultés, nous pouvons à tout le moins envisager d'autres modifications, à la fois innovantes et juridiquement acceptables.

La modification précitée constitue en effet l'unique aboutissement des nombreuses propositions de loi déposées entre avril 2002 et juin 2009, qui poursuivent essentiellement trois autres objectifs :

- l'inscription du nom de l'enfant sur l'acte ;
- la possibilité (et non l'obligation) de déclarer l'enfant mort-né avant le seuil des 180 jours ;
- l'abaissement de la limite légale de viabilité.

Nous nous pencherons successivement sur ces trois points, pour tenter de comprendre la demande et la mesure dans laquelle le législateur peut y répondre.

a. L'inscription du nom de l'enfant

«Peu d'institutions ont une portée symbolique aussi puissante que celle attribuée au nom. (...) Même si un juriste n'est pas qualifié pour appréhender l'étendue totale du spectre des aspects psychologiques du nom, il ne peut occulter cette dimension, qui doit venir en premier lieu dans son approche d'une réforme de notre législation sur l'attribution du nom» (3).

21. Le nom a une valeur symbolique plus forte que le prénom, car il renvoie aux origines de l'enfant et permet son insertion dans la famille. Certains parents ayant perdu un enfant souhaitent dès lors lui donner un nom, afin qu'il soit véritablement un de *leurs* enfants.

La loi de 1999 ne permet cependant que l'inscription du prénom de l'enfant. Le nom est en effet une conséquence de la filiation or, pour un enfant mort-né, celle-ci n'est pas légalement établie. Si l'enfant ne naît pas vivant et viable, il n'acquiert pas la personnalité juridique et n'existe pas juridiquement. Légalement, il ne peut donc avoir ni *père* ni *mère*.

Cela dit, dès les travaux préparatoires de la loi de 1999, la question du nom a suscité le débat. Le Profes-

(1) Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme DELCOURT-PÊTRE, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1998-1999, n° 1-623/4.

(2) Loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *M.B.*, 29 décembre 2006.

(3) A.-C. VAN GYSEL, «Eclairage : la transmission du nom, perspective de réforme», *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 123.

seur SENAËVE (1), à qui il avait été demandé son avis, a fait valoir que la mention du nom n'aurait qu'une portée purement symbolique : n'ayant pas acquis la personnalité juridique, l'enfant ne peut en effet se voir conférer des droits ou obligations. Il ne serait donc pas question d'un droit au nom de l'enfant, mais d'un droit des parents de donner à leur enfant un nom aussi bien qu'un prénom (2).

22. Depuis lors, plusieurs propositions de loi ont repris l'avis du Professeur SENAËVE à leur compte (3). Et pour cause, car d'autres éléments plaident en faveur de cette évolution.

Tout d'abord, l'attribution d'un nom n'est pas subordonnée à l'acquisition de la personnalité juridique: un acte de naissance doit être dressé dès qu'un enfant naît vivant, même s'il n'est pas né viable parce que très prématuré. Ainsi, la limite de viabilité étant toujours fixée à 180 jours de grossesse, l'enfant qui naît vivant par exemple après 160 jours et décède quelques heures plus tard n'acquiert pas la personnalité juridique, parce qu'il est né vivant mais non viable. Pourtant, il convient dans ce cas d'établir un acte de naissance et un acte de décès (4).

En d'autres termes, si l'acquisition de la personnalité juridique requiert que l'enfant soit né vivant et viable, il suffit, pour rendre obligatoire l'établissement d'un acte de naissance, que l'enfant soit né vivant.

Or, l'acte de naissance énonce le nom de l'enfant (5).

L'argument développé dans les travaux préparatoires de la loi de 1999 pour refuser la mention du nom de l'enfant dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie ne résiste pas à cette analyse : puisque la filiation ne peut pas être établie lorsque l'enfant n'a pas acquis la personnalité juridique, l'attribution d'un nom ne résulte pas uniquement de l'établissement de la filiation. Comment expliquer sinon que l'enfant né vivant mais non viable, dont la filiation n'est dès lors pas établie juridiquement, reçoive nom et prénom?

23. Il s'agit certainement d'une distorsion juridique (6) : par quelle magie est-il possible de constater,

via un acte d'état civil, la naissance de quelqu'un qui *n'existe pas* ? En ce sens, le droit français s'avère davantage cohérent car l'acte de naissance n'est établi que lorsque l'enfant a acquis la personnalité juridique, parce qu'il est né vivant et *viable*.

Sans doute la suppression de la viabilité comme critère d'attribution de la personnalité juridique, critère d'ailleurs largement critiqué par la doctrine (7), permettrait une correspondance appropriée entre acquisition de la personnalité juridique et établissement d'un acte de naissance.

Le présent exposé ne vise cependant pas à analyser la cohérence des règles d'attribution de la personnalité juridique et de rédaction des actes d'état civil, mais à établir qu'en l'état actuel des choses, il n'existe aucune raison de refuser la mention du nom de l'enfant dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie.

24. En outre, la suppression du critère de viabilité n'invaliderait en rien l'argument du Professeur SENAËVE, puisque l'attribution d'un nom à l'enfant n'aurait que des conséquences symboliques. Les conséquences juridiques ne concernent que les parents, qui se verraient attribuer le droit de donner un nom à l'enfant, de la même façon qu'ils peuvent actuellement choisir de mentionner son prénom.

Bien sûr, si les parents choisissaient de mentionner le nom de l'enfant dans l'acte, ils ne seraient pas totalement libres : les enfants belges portant encore prioritairement le nom de leur père, le nom mentionné dans l'acte de déclaration d'enfant sans vie devrait logiquement se déterminer par analogie avec ce que l'article 80*bis* prévoit pour la mention du nom du père. Ainsi, le nom de l'enfant serait le nom «*du père [marié à la mère] ou du père non marié à la mère et qui a reconnu l'enfant conçu, conformément à l'article 328 [ou], à sa demande et moyennant le consentement de la mère, le nom (...) du père non marié à la mère et qui n'a pas reconnu l'enfant conçu*».

25. Logiquement, accorder aux parents le droit de mentionner le nom de leur enfant mort-né entraînerait le droit collatéral de demander, le cas échéant, la modi-

(1) Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht KUL.

(2) Rapport fait au nom de la Commission de Justice par Mme DELCOURT-PÊTRE, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1998-1999, n° 1-623/4.

(3) Proposition de loi du 8 mai 2002 modifiant la réglementation concernant les enfants nés sans vie, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2001-2002, n° 2-1145 ; proposition de loi du 20 octobre 2003 modifiant la réglementation concernant les enfants nés sans vie, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2003-2004, n° 3-268 ; proposition de loi du 8 mars 2004 modifiant la réglementation concernant les enfants nés sans vie, *Doc. parl., Ch.*, sess. ord. 2003-2004, n° 0879 ; proposition de loi du 9 mars 2004 modifiant le Code civil en ce qui concerne la déclaration d'enfant sans vie, *Doc. parl., Ch.*, sess. ord. 2003-2004, n° 0883 ; proposition de loi du 25 février 2009 modifiant le Code civil en ce qui concerne la déclaration d'enfant sans vie, *Doc. parl., Ch.*, sess. ord. 2008-2009, n° 1843 ; Proposition de loi modifiant la réglementation concernant les enfants nés sans vie, *Développements, Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 2008-2009, n° 4-1318/1 (et *Doc. parl., Ch.*, sess. ord. 2008-2009, n° 2008/001).

(4) Centre du droit de la famille de l'UCL, *op. cit.*, p. 159 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 310 ; N. MASSAGER, *op. cit.*, p. 296 et 299, citée par M. BEAGUE, «Quelle reconnaissance juridique du deuil périnatal ? Etat des lieux en matière d'acte de déclaration d'enfant sans vie' en droit français et en droit belge», *J.T.*, 2008, p. 413 ; A. DE WOLF, «De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s)», *R.W.*, 1998-1999, p. 212 ; Commission Internationale de l'Etat Civil, «Etat civil et décès périnatal dans les états de la CIEC», *J.C.P.*, 1999, p. 615 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 54.

(5) Articles 57 et 79 du Code civil.

(6) Entre autres : Commission Internationale de l'Etat Civil, «Etat civil et décès périnatal ...», *op. cit.*, p. 615 ; I. CORPART, «Décès périnatal et qualification juridique du cadavre», *J.C.P.*, 2005, p. 1745 ; M. BEAGUE, *op. cit.*, p. 413.

(7) M.-T. MEULDERS-KLEIN, «Rapport sur le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge», *Le Corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant (journées belges), t. 26, Paris, Dalloz, 1977, p. 25 ; M.-F. LAMPE, *op. cit.*, p. 199 et s. ; C. PHILIPPE, «La viabilité de l'enfant nouveau-né», *D.*, 1996, p. 29 et s. ; N. MASSAGER, *op. cit.* ; Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 32.

fication du nom mentionné dans l'acte. En pratique, lorsque la paternité d'un enfant est contestée avec succès, le changement de filiation apparaît en marge de l'acte. Le nom de l'enfant se déduit alors de la filiation nouvellement établie (1).

Or, un enfant mort-né ne peut avoir de filiation légale. Cependant, l'article 80bis du Code civil précisant que l'acte doit mentionner les noms de la mère et du père, la difficulté peut être contournée en estimant que, dans le cas d'un enfant mort-né, les termes *père* et *mère* renvoient aux géniteurs, non aux parents légaux. Puisque le nom des géniteurs doit apparaître dans l'acte, il n'y a pas de raison de refuser de modifier, en marge de l'acte, la mention relative à la filiation biologique de l'enfant mort-né.

26. Dans l'arrêt *Znamenskaya contre Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la décision rejetant la demande de modification du nom de l'enfant mort-né, considérant qu'il était contraire à l'article 8 de la Convention (2) de «faire prévaloir une présomption légale sur la réalité biologique et sociale, sans considération pour les faits établis ni pour les souhaits des personnes concernées, et sans que cette décision bénéficie en réalité à quiconque» (3).

Il s'agissait en l'espèce d'un enfant mort-né ayant reçu le nom du mari de sa mère, dont celle-ci était pourtant séparée depuis plusieurs années. La mère, Madame Natalia Znamenskaya, a donc demandé que le nom de son compagnon, qui seul pouvait être le père, soit mentionné comme nom de l'enfant. Les tribunaux russes le lui ont refusé, au motif que la législation en vigueur ne s'appliquait qu'aux enfants en vie.

La Cour, pour juger d'une éventuelle violation de l'article 8 de la Convention, relève que, «l'enfant étant mort, l'établissement de sa paternité n'impliquait pour personne une quelconque obligation alimentaire» (4). Outre le débat sur la personnalité juridique de l'enfant mort-né que pourraient susciter les termes «établissement de paternité», il est intéressant de constater que la Cour s'est servi de la notion de conflit d'intérêts pour apprécier la situation : pourquoi refuser à la mère la modification du nom de son enfant mort-né, dès lors que cela ne porte préjudice à personne ?

Le raisonnement peut être transposé à l'éventuelle mention du nom de l'enfant mort-né dans l'acte d'état civil. Pourquoi refuser que le nom apparaisse, quels sont les intérêts en conflit ? Les discordes éventuellement suscitées par la mention du nom de l'enfant (5) ont tout autant de chances de survenir aujourd'hui, *mutatis mutandis*, puisque le nom du père doit apparaître dans l'acte.

Les travaux préparatoires de la loi de 1999 révèlent que les parlementaires de l'époque se sont inquiétés des litiges que pouvait susciter la possibilité de choisir un prénom (6). Peut-être est-ce la même crainte qui sous-tend le refus de la mention du nom bien qu'à ce jour apparemment, aucun tribunal n'ait eu à trancher un problème de choix de prénom. Quoi qu'il en soit, la rédaction d'un acte de déclaration d'enfant sans vie ne concernant qu'une partie de la population, il est peu probable que les tribunaux soient pris d'assaut.

27. Enfin, dans le domaine des funérailles, il n'existe pas de différence de traitement entre les êtres humains nés vivants et ceux qui sont mort-nés. Même dans le cas d'un enfant mort-né, pour lequel l'acte d'état civil ne mentionne que le prénom, la pierre tombale porte le nom et le prénom de l'enfant. En outre, depuis que les Régions ont adopté certaines mesures en matière de sépulture, les enfants mort-nés entre 106 (7) et 180 jours de grossesse, donc trop tôt pour être déclarés à l'état civil, peuvent être enterrés dans des "parcelles d'étoiles" qui, idéalement, regrouperont des plaques mentionnant le nom et le prénom de chaque enfant reposant dans la parcelle. Il ne s'agit cependant encore que d'un idéal, car si les mesures régionales devraient effectivement être mises en œuvre de cette façon, les choses n'en sont pas là en pratique. En Wallonie, surtout, où le décret du 6 mars 2009 n'entrera pas en vigueur avant février 2010.

28. En guise de conclusion sur ce point, il convient de signaler que certains autres pays européens permettent la mention du nom de l'enfant mort-né sur l'acte d'état civil. D'après les informations recueillies sur le site de la Commission internationale de l'état civil, sont concernés les Pays-Bas, la Suisse, le Luxembourg, la Grèce, le Royaume-Uni, la Pologne, l'Italie et l'Allemagne (8).

(1) Renseignements obtenus auprès des services d'état civil des villes de Namur et Andenne. Voici un exemple de formule pouvant apparaître en marge de l'acte : «Suivant jugement du (...), l'enfant ci-contre a été désavoué par Monsieur X ; il ne fait pas partie de la famille de Monsieur X et ne pourra porter son nom. L'enfant ci-contre a été reconnu par Monsieur Y».

(2) Droit au respect de la vie privée et familiale.

(3) *Znamenskaya v. Russia*, 2 juin 2005, arrêt disponible dans sa version anglaise (traduction libre) dans la base de données HUDOC du site de la Cour européenne des droits de l'homme (www.echr.coe.int/echr/).

(4) *Ibid.*

(5) Le mari qui n'est pas le père, la mère qui refuse que le nom du père – avec lequel elle n'est pas mariée et qui n'a pas procédé à une reconnaissance anténatale – soit mentionné comme nom de l'enfant, etc.

(6) Proposition de loi modifiant le décret du 4 juillet 1806 concernant le mode de rédaction de l'acte par lequel l'officier de l'état civil constate qu'il lui a été présenté un enfant sans vie, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme DELCOURT-PÊTRE, *Doc. parl., Sén.*, sess. ord. 1998-1999, n° 1-623/4 du 3 mars 1999, pp. 8-9.

(7) La limite inférieure est de 106 jours en Wallonie et à Bruxelles, mais de 84 jours en Flandre (cf. *supra*).

(8) Liste de pays mentionnant le nom de l'enfant mort-né dans l'acte d'état civil, indépendamment des différences existant quant à la définition de l'enfant «mort-né» (critères divergents : stade de gestation, poids, capacité à survivre,...), aux modalités entourant la mention du nom (choix ou obligation), et au type d'acte (acte de naissance avec mention spéciale, ou acte particulier), disponible sur le site de la Commission internationale de l'état civil : <http://www.ciec1.org/index.htm>, *Publications : décès périnatal en matière d'état civil* (aussi in *J.C.P.*, 1999, p. 616), *Documentation : guide pratique international de l'état civil* (3 juin 2009).

Dans ces pays donc, le nom de l'enfant mort-né peut ou doit être mentionné dans l'acte constatant son existence, sans que – semble-t-il – la personnalité juridique soit jamais attribuée à cet enfant (1).

b. La déclaration de l'enfant mort-né en deçà de 180 jours de grossesse

29. Bien que l'article 80*bis* du Code civil ne mentionne aucune limite liée à l'âge gestationnel, la circulaire du 10 juin 1999 prévoit que «l'acte de déclaration d'enfant sans vie n'est dressé que si la naissance a eu lieu plus de six mois après la conception (il s'agit ici de ce que l'on appelle communément la 'règle des 180 jours')» (2). 180 jours de grossesse correspondent à 27 et 5/7^{ème} semaines d'aménorrhée (3), chiffre arrondi communément à 28 semaines.

Cette circulaire ajoute donc une condition, et non des moindres, au texte de loi. A la lecture de l'article 80*bis*, il semble en effet qu'il suffise que l'enfant soit «*décédé au moment de la constatation de sa naissance par l'officier de l'état civil ou par le médecin ou l'accoucheuse*» pour que soit dressé un acte de déclaration d'enfant sans vie. En réalité, la circulaire du 10 juin 1999 vient restreindre de manière drastique les possibilités d'application de l'article 80*bis* du Code civil.

30. La Cour de cassation française a récemment rendu trois arrêts par lesquels elle constate que la circulaire administrative viole le Code civil (4). L'article 79-1 du Code civil français prévoit en effet ce qui suit :

«Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jour et heure de sa naissance et de son décès.

A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question».

Or, la circulaire du 22 juillet 2001 dit ceci :

«En l'absence de certificat médical attestant que l'enfant est né vivant et viable, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie.

Il en est ainsi :

– lorsque l'enfant est né vivant mais non viable ;

– ou lorsque l'enfant est mort-né après un terme de 22 semaines d'aménorrhée ou ayant un poids de 500 grammes. Ces critères plus protecteurs et plus adaptés scientifiquement, ont vocation à se substituer au délai de 180 jours de gestation pour l'enregistrement à l'état civil des enfants mort-nés prévu dans l'instruction générale relative à l'état civil» (5).

La circulaire retient donc les critères du seuil de viabilité définis par l'Organisation mondiale de la santé, afin d'éviter l'établissement d'un acte d'état civil pour tout décès anténatal. Par ses arrêts du 6 février 2008, la Cour de cassation condamne cette pratique, dès lors que l'article 79-1 du Code civil français n'impose comme conditions préalables à la rédaction d'un acte d'enfant sans vie que la survenance du décès avant la déclaration de la naissance.

31. Cet arrêt est généralement interprété comme un avertissement au législateur. En d'autres termes, il faut se garder de conclure que la Cour estime souhaitable de déclarer tout enfant mort-né, quel que soit son poids et son âge gestationnel. En privilégiant une interprétation stricte de la loi, elle a surtout voulu signaler l'existence d'un vide juridique.

C'est en tout cas l'interprétation du gouvernement français, qui a réagi par deux décrets du 20 août 2008 (6). Le décret n° 2008-800, relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil stipule que l'acte d'enfant sans vie «*est dressé par l'officier de l'état civil sur production d'un certificat médical établi dans des conditions définies par arrêté du ministre chargé de la santé et mentionnant les heure, jour et lieu de l'accouchement*».

Par la référence au certificat médical d'accouchement, le gouvernement français a voulu éviter l'écueil des déclarations de fausses couches précoces ou d'interruptions volontaires de grossesse : le modèle de certifi-

-
- (1) Etude de droit comparé publiée sur le site du Ministère français de la Justice, «Enfants sans vie et état civil», 19 septembre 2008 (<http://www.justice.gouv.fr>). Une étude du Conseil d'Etat français précise néanmoins qu'en Allemagne, «la loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990 a fait le choix d'assurer à l'embryon une protection qui témoigne de sa volonté de l'assimiler, dès son origine, à une personne. Ainsi, cette loi a défini l'embryon humain comme étant un ovule fécondé et viable» (Conseil d'Etat (français) – Section du rapport et des études, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, Paris, La Documentation Française, 1999). S'agit-il pour autant d'une personnalité juridique pleine et entière dès la conception ? Cette seule question mériterait une recherche plus approfondie.
- (2) Circulaire du 10 juin 1999, relative à l'introduction dans le Code civil d'un article 80*bis* concernant l'acte de déclaration d'enfant sans vie, *M.B.*, 1^{er} juillet 1999, p. 24911.
- (3) Durée calculée depuis le premier jour des dernières règles de la mère.
- (4) Cour de cassation française, arrêts n° 128, 129 et 130 du 6 février 2008, disponibles sur www.courdecassation.fr. La Cour constate indirectement que la circulaire viole le Code civil, puisqu'elle estime que la Cour d'appel viole le texte de loi, en y ajoutant des conditions sur la base d'une circulaire administrative.
- (5) Circulaire DHOS/DGS/DACS/DGCL n° 2001/576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance, *Bulletin officiel*, n° 2001/50.
- (6) Décret n°2008-798 du 20 août 2008 modifiant le décret n°74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille et décret n°2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil, *J.O.*, 22 août 2008.

cat médical d'accouchement, fixé par arrêté, précise en effet que ce certificat ne peut être délivré en cas d'interruption volontaire de grossesse ou de fausse-couche précoce (1). Un âge gestationnel de quatorze semaines d'aménorrhée reste donc requis car, au-delà de ce seuil, la fausse couche est dite tardive et l'IVG interdite (2).

Nous approuvons à ce sujet l'auteur français Isabelle CORPART, selon qui «on peut toutefois regretter que le texte ne soit pas plus précis, indiquant clairement un seuil et donnant un cadre juridique à la viabilité du fœtus et de l'enfant à naître» (3). L'emploi du terme accouchement n'apporte en réalité aucune précision quant à une durée de grossesse minimale. Un accouchement, du point de vue médical, se définit comme suit :

«Expulsion hors des voies génitales du fœtus et du placenta. Il comporte trois phases : effacement et dilatation du col, expulsion du fœtus et délivrance» (4).

Ce mécanisme est le même pour toute naissance par voies basses, et ce quel que soit l'âge gestationnel du fœtus. Qu'une fausse couche soit tardive ou précoce, elle suit ce schéma. Il n'existe donc pas de raison médicale au refus d'établissement d'un certificat d'accouchement en cas de fausse-couche précoce.

Nous ne désapprouvons pas pour autant le fait de limiter la délivrance d'un acte de l'état civil aux enfants mort-nés au-delà d'un certain âge gestationnel, mais il eût été plus cohérent de fixer un seuil clair, plutôt que de se référer au certificat médical d'accouchement en précisant les cas dans lesquels ce certificat ne peut être délivré. D'autant plus qu'en cas de fausse couche précoce, il y a accouchement au sens médical du terme.

32. Distorsion, donc, entre le texte de loi et la pratique administrative. Distorsion condamnable, d'après la Cour de cassation française. Le raisonnement vaut tout autant en Belgique : il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

33. Un autre élément plaidant selon nous pour la rédaction d'un acte de déclaration d'enfant sans vie, au moins facultative, avant la limite des 180 jours est le récent engouement concernant les sépultures des enfants mort-nés avant ce délai.

Comme expliqué ci-dessus, un fœtus de 84 (en Flandre) ou 106 jours (à Bruxelles et en Wallonie) peut être inhumé ou incinéré (et ses cendres dispersées) dans le cimetière communal. Par contre, côté état civil, rien. N'y a-t-il pas ici aussi une distorsion ? Parallèlement à

ce qui existe désormais en matière de sépulture, il conviendrait logiquement de permettre (et non d'imposer) l'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie en-deçà du seuil de 180 jours.

Cette déclaration à l'état civil serait donc, comme aujourd'hui, obligatoire pour toute naissance survenue après 180 jours (5), et facultative pour les enfants nés, par exemple, entre 84 ou 106 jours et 180 jours, dans le seul but de permettre aux parents qui en ressentent le besoin de laisser une trace de leur «tout petit» à l'état civil.

34. Les «seuils» sont néanmoins arbitraires, par essence. *Quid* des parents ayant perdu un fœtus de dix semaines, soit 70 jours ?

Les médecins et psychologues consultés à ce sujet semblent néanmoins rejoindre les différents projets de loi, en ce qu'ils préfèrent maintenir un seuil minimal de déclaration de l'enfant à l'état civil (6). Plusieurs raisons peuvent expliquer ce sentiment de nécessité d'une limite et notamment le parallélisme avec les règles gouvernant l'interruption volontaire de grossesse. Il serait en effet perçu comme malsain de vouloir déclarer à l'état civil le produit d'un avortement volontaire, et sans doute vaut-il mieux ne pas s'embarquer dans un système qui ne permettrait la déclaration que sur présentation d'un certificat médical attestant une fausse-couche spontanée.

La raison essentielle, selon nous, du maintien d'une limite inférieure tient au fait qu'il serait dommage – en cherchant comment aider les parents endeuillés – d'aboutir finalement à l'effet inverse, par excès de zèle. Aucune fausse couche, même très précoce, n'est anodine ou sans conséquence. Les parents doivent donc être entourés, mais il est probablement préférable qu'à un stade si peu avancé de la grossesse, ils n'aient même pas à se poser la question d'une déclaration à l'état civil.

Selon le psychologue Bruno FOHN, marquer la différence entre les enfants mort-nés reconnus dans un statut d'enfant et ceux qui – parce qu'ils sont nés avant d'avoir atteint un certain stade de développement – ne sont pas reconnus de la même façon, donne aux parents un repère structurant. L'absence totale de limite, et donc de repère, comporte sans doute plus de risques «d'induire des vécus particuliers, voire traumatiques» (7).

Un médecin à qui l'on expliquait les différents moyens de permettre aux parents de rendre réelle la perte de leur fœtus s'est finalement exclamé : «Il faudra bien

(1) Arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, J.O., 22 août 2008. I. CORPART, «Les enfants sans vie au cœur d'une nouvelle réforme», *Journal des accidents et des catastrophes*, n° 87, disponible sur www.jac.cerdacc.uha.fr.

(2) Contrairement à l'IMG, interruption médicale de grossesse. Au moins le texte français refuse-t-il clairement de faire une différence entre les parents souffrant d'une perte anténatale spontanée et ceux ayant dû prendre la décision de procéder à une IMG).

(3) *Ibid.*

(4) J. QUEVAUVILLIERS (sous la coordination de), *Dictionnaire médical*, 5^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, Masson, 2007, p. 6.

(5) Déclaration obligatoire, une fois le seuil de viabilité atteint, pour les raisons d'ordre public formulées par le Tribunal correctionnel d'Audenerde, dans un jugement du 25 mai 1907 (cf. *supra*) : si des motifs plus psychologiques entrent aujourd'hui en compte, nous sommes d'avis que les raisons ayant fondé à l'obligation de déclaration d'un enfant né sans vie après au moins 180 jours de grossesse restent valables.

(6) Situé généralement aux alentours des 140 jours de grossesse, soit 22 semaines d'aménorrhée.

(7) Bruno FOHN, psychologue et coordinateur du secteur mère-enfant, Service de Gynécologie-Obstétrique, Centre Hospitalier Régional de la Citadelle, Liège. Animateur depuis 15 ans du Groupe d'Aide au Deuil Périnatal dans le même hôpital.

s'arrêter quelque part, on ne va quand même pas les empailler !» (1). Cette réflexion a priori choquante est en réalité pleine de bon sens : à vouloir trop en faire, on risquerait de tomber dans l'extrême inverse.

35. Il existe cependant autant de façons de faire son deuil qu'il y a de parents endeuillés. Certains pourraient dès lors ressentir le besoin de laisser une trace de l'enfant disparu suite à une fausse couche précoce. Pour ceux-là, nous pourrions prendre exemple sur la France, qui connaît depuis le XIX^e siècle des «registres des embryons» (2). Il ne s'agit pas d'un registre de l'état civil, «*il n'a que la seule valeur d'un livre de police, destiné à laisser trace des vérifications faites par le médecin de l'état civil et effectuées après les déclarations de personnes ayant assisté à l'expulsion*» (3). Il n'empêche que de tels registres permettraient à tout qui le souhaite de laisser une trace écrite de l'enfant né trop tôt pour être déclaré à l'état civil.

L'instauration de ce registre est une solution simple, et pourrait d'ailleurs pallier l'impossibilité actuelle de déclarer les enfants mort-nés en deçà de 180 jours de grossesse.

Un avant-projet de loi reprend actuellement cette idée :

Un article 80ter, rédigé comme suit, est inséré dans le même Code :

«Lorsqu'un enfant né entre 140 jours et 180 jours à dater de la conception, ne présente aucun signe de vie au moment de la constatation de sa naissance par l'officier ou l'accoucheuse diplômée agréés par lui, l'Officier de l'état civil inscrit l'enfant dans un registre spécial tenu en un seul exemplaire (...)»

Un article 80quater libellé comme suit est inséré dans le même Code :

«Lorsqu'une grossesse se termine entre le 106^e et le 140^e jour à dater de la conception et que le fœtus ne présente aucun signe de vie, l'officier de l'état civil peut, sur déclaration de la mère ou du père et sur la base d'une attestation médicale, l'inscrire dans un registre spécial, tenu en un seul exemplaire (...)» (4)

Les nuances entre les deux catégories établies apparaissent d'emblée: au-delà de 140 jours, l'inscription semble obligatoire, tandis qu'en-deçà, elle est clairement facultative. En outre, si l'on parle d'«enfant» lorsque la grossesse a duré au moins 140 jours, c'est le terme «fœtus» qui est employé pour désigner l'être né avant ce terme.

Quoi qu'il en soit, cet avant-projet a le mérite de l'inventivité. Peu importe finalement qu'un véritable «acte de déclaration d'enfant sans vie» ne puisse être établi, du moment qu'il existe une trace administrative de l'enfant perdu. Son prénom peut en outre être mentionné, quel que soit le registre utilisé.

36. Certains ne manqueront pas de s'inquiéter de ces différentes propositions : n'ont-elles pas pour but inavoué de donner de plus en plus d'importance à l'être non né, pour finalement lui attribuer la personnalité juridique? Ne risquent-elles pas de remettre en cause la dépénalisation de l'avortement ?

Non car reconnaître la souffrance des parents ne revient pas à attribuer la personnalité juridique au fœtus. Pour l'Etat, il n'existe pas en tant que personne (5). Pour les parents, il est déjà leur enfant. Pourquoi refuser d'accepter cette dichotomie évidente ? Si le droit ne peut reconnaître l'enfant non né, il est de son ressort d'aider les parents à faire leur deuil en leur permettant d'accomplir certaines démarches, dont le caractère facultatif atteste leur portée uniquement symbolique.

Quant à la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse, les parents endeuillés déclarent eux-mêmes ne pas vouloir la remettre en cause (6). Un Etat démocratique doit pouvoir assumer la cohabitation de personnes pour qui la grossesse est un drame et d'autres pour lesquelles elle représente un espoir immense, et se soucier du bien-être de chacun. Nous avons d'ailleurs la conviction que la dépénalisation de l'avortement et les mesures visant à aider les parents souffrant d'un deuil périnatal sont justifiées par un même souci d'humanité : par humanité, le législateur doit prendre des mesures permettant un meilleur vécu du deuil périnatal, de même qu'un souci d'humanité justifie la législation sur l'avortement, qui a permis d'assurer aux femmes enceintes en détresse l'information, les soins et l'hygiène requis (7).

-
- (1) Entretien avec M.-C. PIERRET, accoucheuse en chef de la maternité du Centre hospitalier des Ardennes, en date du 19 juin 2009.
- (2) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, pp. 272-273 ; il s'agissait en réalité d'une directive extra-légale, dont le but était, à l'époque, de rechercher les avortements volontaires, etc. Le recyclage actuel de ces registres, qui d'instruments pénaux deviennent un élément-clé du deuil périnatal, suscite notre admiration : la «règle» est restée, mais son rôle a changé du tout au tout.
- (3) X. LABBEE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, p. 102.
- (4) Avant-projet de loi modifiant l'article 80bis du Code civil sur la déclaration d'enfant né sans vie, insérant un article 80ter et un article 80quater et modifiant dans le droit de la filiation la période légale de conception d'un enfant.
- (5) Le fœtus bénéficie néanmoins d'une certaine protection juridique, l'exemple le plus simple étant l'interdiction de l'avortement au-delà de 12 semaines de grossesse, sauf raison médicale.
- (6) Document remis par un groupe de parents ayant perdu un «tout petit».
- (7) Proposition de loi relative à l'interruption de grossesse, tendant à modifier les articles 348, 350 et 351 du Code pénal et à abroger les articles 352 et 353 du même Code, Développements, *Doc. parl., Sén.*, sess. extr. 1988, n° 247-1 : «*Au plus fort de la répression pénale, le cortège des femmes maltraitées et exploitées par des mains inexpertes ne s'est jamais réduit*» (p. 7).
«*La proposition énonce que la femme devra être assurée de recevoir une assistance et des conseils appropriés sur les moyens auxquels elle pourrait avoir recours pour résoudre les problèmes sociaux et psychologiques posés par sa situation, ainsi que les informations circonstanciées notamment sur les droits, aides et avantages garantis par la loi et les décrets aux familles, aux mères célibataires ou non, ou à leurs enfants, ainsi que sur les possibilités offertes par l'adoption de l'enfant à naître*» (p. 11).

37. Certains médecins et psychologues nous ont également fait part de leur incompréhension quant à ce seuil de 28 semaines d'aménorrhée, et ce pour une raison tout à fait particulière, liée aux progrès de la médecine néonatale : un enfant qui naît vivant entre 24 et 26 semaines d'aménorrhée est réanimé (1) et sera donc déclaré, tandis que s'il naît mort à 27 semaines, il n'est *rien* et ne laissera aucune trace officielle.

Du point de vue d'un juriste, il n'y a là rien d'illogique : l'enfant qui naît vivant voit sa naissance déclarée, tandis que l'enfant mort-né n'est déclaré que si la naissance a eu lieu à un stade suffisamment avancé de la grossesse.

D'un point de vue médical, les choses ne sont pas si simples. Même les non-spécialistes peuvent en effet imaginer qu'une naissance *vivante* à 25 semaines d'aménorrhée ne s'apparente guère à une naissance à terme, puisqu'une réanimation est nécessaire. Autrement dit, il est anormal de traiter différemment un enfant que l'on parvient à réanimer, et celui pour lequel il est déjà trop tard.

Par conséquent, une déclaration devrait être possible dès l'âge gestationnel auquel l'enfant aurait pu naître *vivant* et bénéficier d'une réanimation, à savoir dès 25/26 semaines d'aménorrhée. La plupart des déclarations sont d'ailleurs fidèles à cette logique médicale : en effet, de nombreux praticiens calculent la durée de la grossesse à partir du premier jour des dernières règles de la mère. Avec pour conséquence qu'ils permettent la déclaration des enfants mort-nés à partir de 26 semaines d'aménorrhée. Cette confusion volontaire entre la date des dernières règles et celle de la conception donne aux praticiens une marge d'environ quinze jours, la date de la conception étant dans la plupart des cas incertaine.

Dans un souci d'uniformisation, le Centre d'épidémiologie périnatale a informé tous les hôpitaux de cette pratique, en leur recommandant de s'aligner sur la majorité (2). La condition des 180 jours paraît à ce point dépassée que même une ASBL travaillant en étroite

collaboration avec la Communauté française conseille de tenir compte d'un délai plus court.

38. Enfin, le fameux seuil des 180 jours renvoie à la limite légale de viabilité : ne peut être déclaré l'enfant qui, s'il était né vivant, n'aurait sans doute pas vécu. Les préoccupations des médecins prennent ici tout leur sens.

Si l'on observe la législation d'autres pays européens, nombreux sont ceux qui permettent une déclaration à l'état civil en-deçà du seuil de 180 jours, tout simplement parce qu'ils ont revu la limite légale de viabilité, eu égard aux progrès de la médecine néonatale (3).

Le vrai débat serait-il dès lors la révision de la limite légale de viabilité de l'enfant à naître ?

c. L'abaissement de la limite légale de viabilité

39. Cette seule question mériterait une étude approfondie, mais nous nous en tiendrons ici aux considérations liées à la déclaration d'enfant sans vie. Cette déclaration présente effectivement un lien étroit avec la limite légale de viabilité (4), qui détermine si l'enfant mort-né doit ou non faire l'objet d'une déclaration.

Pour rappel, les motifs de ces dispositions sont d'ordre public (5). Très logiquement, à partir du moment où l'enfant est susceptible de naître viable, vu la durée de la grossesse, il doit faire l'objet d'une déclaration, même s'il est mort-né et du fait de malformations, non viable. Dans le cas contraire en effet, il serait trop facile de prétendre que l'on n'a pas déclaré l'enfant, parce qu'il était mort-né et présentait de toute façon des malformations incompatibles avec la vie.

Pour des raisons d'ordre public, seule la durée de la grossesse conditionne l'obligation de déclaration (6).

40. Dès lors, à partir du moment où l'enfant aurait pu naître viable, il doit être déclaré à l'état civil et recevoir une sépulture. Dans ce cas en effet, la déclaration est obligatoire puisqu'elle trouve son fondement dans

-
- (1) Les critères éthiques des néonatalogues diffèrent mais, aux alentours des 25 semaines d'aménorrhée, l'enfant est généralement intubé, pour être éventuellement sauvé.
 - (2) Le raccourcissement du délai ressort des *Explications précises des questions du volet CEpiP02 (Bruxelles)*, disponible sur www.cepip.be, et nous a été confirmé par les membres de l'ASBL.
 - (3) Cf. *infra*. En effet, seuls les Pays-Bas et – depuis peu – la France, autorisent une déclaration à l'état civil pour l'enfant mort-né en deçà de la limite légale de viabilité ; aux Pays-Bas, la jurisprudence impose néanmoins un seuil minimal de 16 semaines de grossesse (Sénat français, «Les enfants nés sans vie», *Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée*, n° L.C 184, avril 2008, disponible sur www.senat.fr, pp. 9-10 ; Commission Internationale de l'Etat Civil, «Guide pratique international de l'état civil», disponible sur <http://www.ciec1.org/>, Pays-Bas, p. 15). En France, le seuil minimal de quatorze semaines ressort de l'arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie, *J.O.*, 22 août 2008.
 - (4) Soit 180 jours de grossesse, à savoir 28 semaines d'aménorrhée.
 - (5) Corr. Audenarde, 25 mai 1907, *Pas.*, 1907, p. 245, cf. *supra*.
 - (6) La viabilité de l'enfant ne doit ici s'apprécier qu'en fonction de la durée de la grossesse, ce qui élargit la notion de viabilité : l'enfant né après 180 jours aurait pu naître viable et doit être déclaré. Cela ne signifie pas, s'il est né vivant, qu'il a acquis la personnalité juridique, qui suppose que l'on soit né vivant et viable, au sens où l'on est né «avec tous les organes nécessaires et suffisamment constitués pour pouvoir vivre» (D. FENOUILLET, «Protection de la personne, Principes», *J.-CL. Civil*, App.art. 16 à 16-12, Fasc. 10, n° 79, cité par L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, *L.G.D.J.*, 2006, p. 48) ; autrement dit, une durée minimale de grossesse, un stade de développement suffisant, constitue une condition nécessaire d'acquisition de la personnalité juridique par l'enfant né vivant, mais non suffisante : la limite légale de viabilité ne reflète que l'un des deux aspects de la viabilité comme condition d'acquisition de la personnalité juridique. Il ne faut donc pas confondre limite légale de viabilité (180 jours) et viabilité, condition d'acquisition de la personnalité juridique (être physiologiquement constitué pour vivre, c'est-à-dire avoir atteint un stade de développement suffisant (règle des 180 jours) et disposer des organes essentiels à la survie). Nous conviendrons cependant qu'un enfant qui naît vivant à 180 jours dispose sans doute des organes essentiels à la vie.

des motifs d'ordre public. Il s'agit donc bien d'un débat différent de celui de l'établissement d'un acte de déclaration d'enfant sans vie en-deçà de la limite légale de viabilité : si l'on peut imaginer offrir aux parents endeuillés la possibilité de déclarer un enfant mort-né avant cette limite, il est obligatoire de déclarer les enfants l'ayant atteinte.

L'abaissement de la limite légale de viabilité renforcerait par conséquent l'obligation de déclaration et d'inhumation ou de crémation. Ce n'est donc pas la panacée: si beaucoup apprécieront la modernisation de la limite légale de viabilité, d'autres ne manqueront pas de craindre les obligations qu'elle engendre (1). Il convient à ce stade d'accepter les limites du droit, science humaine de la généralité, face à l'extrême particularité de chaque individu. Si nous ne pouvons nous détacher de la logique juridique, elle n'est pas pour autant apte à régler tous les conflits humains. Il convient alors de s'en remettre aux médecins, infirmières, psychologues, tout en veillant à encadrer la pratique afin d'assurer, entre autres, l'égalité entre les citoyens. Nous en reparlerons.

41. La limite légale de viabilité est fixée à 180 jours de grossesse, soit 28 semaines d'aménorrhée. Or, les services de néonatalogie sauvent aujourd'hui des enfants nés à 25 semaines d'aménorrhée. Nombre de pays tiennent compte de cette évolution de la médecine néonatale.

Ainsi, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas, la limite est fixée à 24 semaines, et à 22 semaines au Danemark. L'Allemagne et l'Autriche ne s'attachent qu'au poids de l'enfant à la naissance, qui doit être de 500 grammes au moins. L'Irlande et la Suisse recourent quant à elles à des conditions alternatives de poids et de durée de gestation : l'enfant mort-né sera enregistré s'il pèse au moins 500 grammes ou si la grossesse a duré au moins 24 semaines, en Irlande, ou 22 en Suisse. La Croatie se distingue car la déclaration d'un enfant mort-né y est soumise à une expertise médicale, déterminant les chances qu'auraient eues l'enfant de vivre, s'il était né vivant (2).

Quoi que l'on pense des différents critères de viabilité retenus par ces pays, ils tendent tous à se rapprocher de la réalité actuelle, en intégrant les possibilités de réanimation néonatale.

Quels critères retenir ?

42. Il y a certes une part de choix, mais ce dernier n'est pas totalement arbitraire puisqu'il s'agit de se rapprocher de la réalité scientifique, en tenant compte de la généralité des cas et non de l'exception (3). En outre, les modèles ne manquent pas : les états mentionnés ci-dessus et l'Organisation mondiale de la santé constituent sans aucun doute une source d'inspiration appréciable (4).

43. La révision à la baisse de notre seuil de viabilité permettrait de s'adapter aux progrès de la médecine néonatale (5). D'un point de vue psychologique, les médecins et parents ressentiraient sans doute comme moins arbitraire, moins injuste, une limite adaptée aux réalités modernes.

D'un point de vue pratique, une limite de viabilité reflétant fidèlement la réalité actuelle éviterait à certains médecins de devoir «tricher» : comme expliqué ci-dessus, il est mal vécu que certains enfants nés très tôt et ayant été réanimés avant de décéder puissent bénéficier d'un acte de naissance et d'un acte de décès tandis que d'autres, nés à un âge gestationnel égal ou supérieur, ne font l'objet d'aucune déclaration, faute de pouvoir être réanimés et donc considérés comme nés *vivants*.

Par conséquent, l'équipe médicale peut être tentée de s'arranger pour que l'enfant soit quand même déclaré, du moins si les parents le souhaitent. C'est ainsi que l'enfant ayant eu un réflexe respiratoire, ou gasp, sera considéré comme né vivant, ou que l'enfant mort-né juste en-deçà de la limite des 180 jours sera vieilli de quelques jours, afin que soit dressé un acte de naissance ou de présentation d'enfant sans vie.

Une limite de viabilité révisée à la baisse éviterait beaucoup de ces dilemmes, en permettant une certaine égalité entre les enfants nés au même âge gestationnel, qu'ils soient décédés après avoir été réanimés ou qu'ils soient mort-nés : selon le cas, il y aura lieu de procéder à une déclaration de naissance et de décès, ou d'enfant sans vie. Il serait logique et plus compréhensible que l'on doive déclarer tout enfant qui, s'il était né vivant, aurait été réanimé et peut-être sauvé.

44. Il ne s'agit finalement que d'adapter le droit aux progrès scientifiques, tout en respectant l'esprit de la

-
- (1) Comme déjà signalé, il est impossible de généraliser la façon dont les parents vivent le deuil périnatal ; certains ne veulent pas déclarer l'enfant ou organiser ses funérailles.
 - (2) Commission internationale de l'état civil, «Guide pratique ...», *op. cit.*; Sénat français, *op. cit.* Nous ne pouvons cependant suivre le document de travail du Sénat français lorsqu'il affirme, à propos de la Suisse et du critère d'âge gestationnel, que 22 semaines «entières» (*dit* la loi Suisse) reviennent à «22 semaines d'aménorrhée» ; selon nous, si le législateur suisse a insisté sur le fait que la grossesse devait être d'au-moins 22 semaines «entières», «révolues», c'est précisément pour éviter que les médecins calculent en terme d'aménorrhée, car 22 semaines d'aménorrhée reviennent à environ 20 semaine de grossesse... Dès lors, on voit mal le législateur parler de 22 semaines «entières» pour en désigner en réalité 20.
 - (3) Amillia Taylor, née aux U.S.A en octobre 2006 après 22 semaines de grossesse, est connue pour être l'enfant le plus prématuré à avoir survécu; mais il semble que les médecins ne l'ont sauvée que parce qu'ils ont constaté que sa constitution lui donnait des chances de survivre. Autrement dit, pour un âge gestationnel de 22 semaines et un poids de 283 grammes, elle était «plutôt bien».
 - (4) Pour déterminer le seuil de viabilité, l'Organisation mondiale de la santé retient des critères objectifs, à savoir «le terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou un poids de 500g, à l'exclusion de tout autre critère en particulier des malformations» (OMS : Classification internationale des maladies – Révision 1975, Genève, 1977).
 - (5) De ce point de vue, les critères retenus par l'OMS laissent même une large place aux progrès futurs : vingt-deux semaines d'aménorrhée reviennent environ à vingt semaines de grossesse. Nul prématuré de cet âge gestationnel n'a survécu jusqu'à présent. En général, les médecins réaniment les enfants nés aux alentours de 25 semaines d'aménorrhée.

règle : les motifs d'ordre public à la déclaration des naissances, décrits voici cent ans par le Tribunal correctionnel d'Audenarde (1) valent encore, mais les progrès de la médecine néonatale ont modifié l'image de l'enfant à naître. Aujourd'hui, un fœtus de 25 semaines d'aménorrhée n'est plus considéré comme un amas de cellules, mais comme un enfant qui pourrait vivre.

CONCLUSION

45. Nous nous sommes penchée sur les demandes ressortant des propositions de loi déposées entre 2002 et 2009, à savoir la mention du nom de l'enfant sur l'acte de déclaration d'enfant sans vie, la possibilité de déclarer l'enfant mort-né en deçà de 180 jours de grossesse et, enfin, la révision de la limite légale de viabilité.

Compte tenu des différents éléments développés ci-dessus, une évolution législative nous semble à la fois possible et souhaitable. Nous prôtons dès lors

- la mention du nom de l'enfant sur l'acte de déclaration d'enfant sans vie ;

- l'adaptation de la limite légale de viabilité à la réalité actuelle (2), avec pour conséquence l'*obligation* de déclarer l'enfant né sans vie au-delà de cette limite et de lui offrir une sépulture;

- la *possibilité*, pour les parents dont l'enfant est mort-né en-deçà du seuil légal de viabilité, de faire établir un acte de présentation d'enfant sans vie ou d'inscrire l'enfant sur un «registre des embryons», selon son âge gestationnel.

Une modification législative constituerait en outre une occasion de préciser la notion d'enfant mort-né. A titre exemplatif, *«les termes 'enfant mort-né' désignent tout enfant né sans vie à un âge gestationnel d'au moins 26 semaines, calculé à partir du premier jour des dernières règles de la mère»*. Cette précision chasserait définitivement le spectre des arrêts de la Cour de cassation française.

Une définition de l'enfant mort-né assurerait également une meilleure égalité entre sujets de droit : il n'est pas normal que certains puissent déclarer leur enfant mort-né à 168 jours de grossesse (soit environ 26 semaines ou 182 jours d'aménorrhée) parce qu'ils ont eu un médecin progressiste ou tout simplement attentif aux directives du Centre d'épidémiologie périnatale, tandis que d'autres – dont la situation est parfaitement identique – se voient refuser toute déclaration, parce que le personnel de la maternité a tenu compte de la durée de grossesse réelle (168 jours et non 180),

conformément à la circulaire du 10 juin 1999, plutôt que d'une durée calculée à partir du premier jour des dernières règles de la mère.

46. Une évolution législative en la matière serait dès lors souhaitable mais, dans un domaine aussi délicat que l'accompagnement du deuil périnatal, il convient également de laisser une place importante à la pratique.

Certains praticiens régulièrement confrontés à la souffrance des parents (3) ont mis en place des rituels d'accompagnement : ainsi, dans la mesure du possible, l'enfant mort-né fait l'objet d'un dossier contenant des photos, des empreintes, une mèche de cheveux,... Ces souvenirs ne sont pas imposés aux parents, mais le service hospitalier les archive et il arrive souvent que les parents reviennent les consulter, parfois plusieurs années après l'événement. En outre, il est généralement proposé aux parents de voir l'enfant et de passer un moment avec lui.

Ces méthodes d'accompagnement, établies par les praticiens sur la base de leur expérience, ne se coulent pas dans le moule législatif car elles évoluent et se modifient en permanence en fonction de l'avancement des connaissances et des particularités propres à chaque cas.

47. En revanche, le droit a un rôle à jouer en terme d'harmonisation : ainsi que le relèvent les praticiens eux-mêmes, certaines maternités sont «à la pointe» en matière d'accompagnement du deuil périnatal, tandis que d'autres commencent seulement à se rendre compte de la possibilité d'un tel accompagnement. Par ailleurs, un accompagnement administratif, une information des parents relativement à l'obligation ou à la possibilité de déclarer et d'enterrer ou d'incinérer l'enfant devraient pouvoir être assurés uniformément.

Or, actuellement, la qualité de l'accompagnement – tant psychologique qu'administratif – dépend en partie du hasard.

Pourquoi ne pas stimuler les retardataires, par voie législative ou réglementaire ? A priori, recommander un accompagnement psychologique et administratif des parents endeuillés ne présente guère de difficultés. Idéalement cependant, une telle recommandation s'accompagne de l'allocation d'un budget, sans quoi elle risque de porter peu de fruits.

48. A une époque où l'on s'extasie sur l'inscription symbolique d'un éléphanteau dans un registre de naissance (4) – éléphanteau certes né vivant et viable mais n'étant pas pour autant une *personne* –, il ne nous semble pas exagéré de solliciter des mesures destinées à surmonter la perte d'un enfant né sans vie.

(1) Cf. *supra*.

(2) Plusieurs propositions de loi suggèrent d'insérer expressément dans la loi le seuil à partir duquel l'enfant doit être déclaré ; le législateur a en effet tout intérêt à devancer la jurisprudence, qui pourrait être tentée de suivre le raisonnement de la Cour de cassation française.

(3) Sages-femmes, obstétriciens, néonatalogues, psychologues...

(4) Kaï-Mook, éléphanteau né au zoo d'Anvers le 17 mai 2009, a en effet été inscrit dans le registre des naissances par le bourgmestre d'Anvers Patrick JANSSENS (www.rtf.be).